

FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DA EMPRESA NA ÓPTICA DA LEI n. 11.101/05

**Bankruptcy and recovery company the perspective of law n.
11.101/05**

José Lauri Bueno de Jesus³¹

Resumo

Neste trabalho, pretende-se demonstrar o longo caminho que as empresas têm percorrido, na história, para poderem atingir o patamar de recuperação ao invés de ingressarem na falência, diretamente. Entretanto, é necessário observar alguns princípios, que deverão ser analisados quando a empresa se encontrar em crise, a fim de verificar a viabilidade ou não da continuidade das suas atividades, inclusive, deve ser sempre voltado para o aspecto social, inserindo-se nessa situação a quitação dos débitos de todos os credores e a manutenção do emprego dos funcionários. Faz-se também uma breve retrospectiva histórica das leis dos principais países, especialmente sobre os aspectos relativos à recuperação da empresa.

Palavras-chave: Crises. Falência. Recuperação judicial. Princípios.

Abstract

In this work, we intend to demonstrate the long way that companies have traversed, in history, in order to reach the level of recovery rather than join the bankruptcy directly. However, it is necessary to observe some principles that should be examined when the company is in crisis in order to verify the feasibility or otherwise of the continuity of its operations, including, should always be focused on the social aspect, inserting themselves in this situation the discharge of the debts of all creditors and the maintenance of employment of employees. Also, a brief historical overview of the laws of major countries, a special way, those aspects of the company's recovery.

Keywords: Crises. Bankruptcy. Judicial recovery. Principles.

Sumário:

1. Introdução; 2. A insolvência e as crises empresariais; 3. A dissonância das relações e a insolvência empresarial; 4. Breve evolução histórica da falência e recuperação; 5. Princípios do regime de insolvência do agente econômico; 6. Considerações finais; 7. Referências.

INTRODUÇÃO

O empresário ou sociedade empresária que exerce atividade de empresa, atualmente, protegido pela Teoria da Empresa, que é propugnada pelo Código Civil de 2002, pode, em algum momento, não ter condições de efetuar o pagamento de seus débitos, por uma

31 Mestre em Direito pela Unisinos, Especialização em Segurança Pública pela PUC-RS e Especialização em Docência para o Ensino Superior pela CNEC-IESA. Graduado em Direito pela FADISA (hoje CNEC-IESA), professor no Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (CNEC-IESA), Tenente-coronel da Reserva Remunerada da Brigada Militar. E-mail: laurijb@terra.com.br.

situação que se apresente de maneira insanável, à primeira análise, em virtude do acometimento de algum tipo de crise. Se for verificado no Decreto-Lei n. 7.661/45, as soluções eram bastante preocupantes, haja vista que levava a empresa a fechar as suas portas e, com isso, afetava a sociedade. Entretanto, com o advento da nova lei de falências e recuperação de empresas (Lei n. 11.101/05), tal situação é vista de forma diferente, preocupando-se com a empresa que está diretamente envolvida na sua atividade e o mercado em que ela está inserida.

A INSOLVÊNCIA E AS CRISES EMPRESARIAIS

No momento em que se diz que uma empresa está em crise, isso pode significar muitas coisas. Pode estar em crise econômica, financeira e patrimonial. Tais patologias do organismo empresarial, muitas vezes, pode levar a empresa à morte e, isso ocorrendo, vai prejudicar as pessoas que dependam dela, direta ou indiretamente. Além disso, é preciso que fique claro que “a raiz das crises por que passa o organismo empresarial também é de matriz diversa. Não há linearidade”, segundo afirma Waldo Fazzio Junior (2008, p. 5).

Nesse diapasão, é importante a distinção entre elas, pois, normalmente, uma desencadeia a outra, devido à complexidade da economia e das relações jurídicas, mesmo que não sejam vistas de forma lineares.

Então, por crise econômica (COELHO, 2010, p. 231), entende-se como uma “retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária” ou pelo empresário. Por exemplo, se os consumidores não mais adquirem igual quantidade dos produtos ou serviços oferecidos, o empresário ou sociedade empresária pode sofrer queda de faturamento. Esta crise pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa. O empreendedor deve avaliar o que está ocorrendo, visto que é necessário diagnosticar o motivo dessa retração, pois pode, inclusive, ser um atraso tecnológico do seu estabelecimento ou incapacidade de sua empresa competir, ou ainda, o produto que está sendo comercializado não é mais do agrado das pessoas.

Por outro lado, segundo Fábio Ulhoa Coelho,

a crise financeira revela-se quando a sociedade empresária ou empresário não tem caixa para honrar seus compromissos. É a chamada crise de liquidez. As vendas podem estar crescendo e o faturamento satisfatório, mas a empresa tem dificuldades de pagar as suas obrigações. A forma de exteriorização jurídica da crise financeira se apresenta através da impontualidade (2010, p. 231-232).

A outra crise é a patrimonial, isto é, a insolvência. Esta ocorre no momento em que os bens existentes no ativo forem insuficientes para atender à satisfação do passivo. É uma crise estática, pois a empresa tem menos bens em seu patrimônio que o total de suas dívidas, parecendo apresentar uma condição temerária e indicativa de grande risco para os credores. Entretanto, é comum acontecer que o patrimônio líquido negativo pode significar apenas que a empresa está passando por uma fase de expressivos investimentos na ampliação de suas atividades e/ou tecnologia (COELHO, 2010, p. 232).

Esses índices de crise, às vezes, acabam sendo relativos, pois não se revelaram úteis à análise de mercado em algumas situações. Por exemplo, no fim do séc. XX, com o início da difusão do comércio eletrônico via internet, muitas empresas que realizavam ainda incipientes negócios por intermédio da rede mundial de computadores, registravam prejuízos consideráveis e ostentavam patrimônio líquido acentuadamente negativo. Mesmo assim, foram negociados por milhões de dólares. Tudo dependerá do lucro que a empresa tiver (COELHO, 2010).

Ainda com Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 233), apoiando-se nessa linha de pensamento, pode-se afirmar que “em geral, cabe dizer, que determinada empresa está em crise após a manifestação das três formas pela qual se manifesta. A queda das vendas acarreta falta de liquidez e, em seguida, insolvência: este é o quadro crítico que preocupa os credores, trabalhadores, investidores, etc.”.

A crise fatal de uma empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição de

arrecadação de impostos, paralisação de atividades satélites e muitos outros problemas. Por isso, muitas vezes, o Direito se ocupa em criar mecanismos jurídicos e judiciais de recuperação de empresa.

Como se pode observar, tais crises não são lineares, elas ocorrem por motivos diversos, inclusive, geralmente, são causados por vícios de origem, como por exemplo, a escolha do tipo societário inadequado, estruturação administrativa insuficiente, a estimação imprópria do capital social, a obsolescência do objeto social eleito, restrições de crédito bancário, política econômica nacional, elevação da taxa de juros, crise de abastecimento, etc. (COELHO, 2010).

Assim, não se pode esquecer que o mesmo mercado que ajudou a empresa a promover suas atividades agora encurta sua sobrevivência, considerando-a um organismo em coma.

A DISSONÂNCIA DAS RELAÇÕES E A INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL

Existia no sistema jurídico brasileiro uma dissonância muito grande nas relações emergentes da insolvência empresarial com o moderno perfil da empresa e as características da economia globalizada. Devido a isso, o alvo não era a atividade econômica organizada, mas a pessoa do empresário paciente de concordatas e da falência.

Dessa forma, surgiu o Decreto-lei n. 7.661/45 logo após a Segunda Guerra Mundial. Esse decreto-lei concebia um modelo de empresa próprio da economia nacional, que se encontrava muito defasada e refletia as coordenadas da ordem capitalista, instaurada em 1944, na Conferência de Bretton Woods (FAZZIO JUNIOR, 2008).

Com a antiga legislação falimentar, o crédito era concebido como, simplesmente, mais uma espécie de relação obrigacional, pois desconsiderava a repercussão da insolvência no mercado e concentrava-se no ajustamento das relações entre os credores e o ativo devedor. A falência e concordata, então regulada pelo Dec.-Lei n. 7.661/45, não dava conta dos intrincados problemas gerados pelos processos de concordata e de falência, cada vez mais complexos, burocratizados e inócuos.

Foi grande o impacto dos projetos sobre o regime de insolvência editados pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial em países como Espanha, Portugal, Itália, França, México, Argentina. No Brasil, iniciou com a edição da LFC (DL 7.661/45), mas desde 1990 começou a implementação dos andaimes da nova normação da insolvência empresarial. Nessa época, os juízes, por meio de suas sentenças judiciais, começaram a implantação da Teoria da Empresa em substituição à Teoria dos Atos de Comércio, então vigente (FAZZIO JUNIOR, 2008).

Rápidas transformações econômicas e hesitações políticas ocorreram até a entrada em vigor da Lei n. 11.101, de 9 fevereiro de 2005 (nova lei de recuperação de empresa e falência) que surgiu para dilatar os tímidos e frustrados horizontes, consagrando justificável preferência por outras estratégias legais predispostas a assegurar sobrevida útil às empresas viáveis em crise econômico-financeira. O objetivo da recuperação judicial é viabilizar a superação da situação de crise do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, conforme dispõe em seu art. 47.

Essa nova lei (11.101/05) traz como divisa a reestruturação empresarial como meio de proporcionar maiores possibilidades de satisfazer aos credores, minimizar o desemprego, fortalecer e facilitar o crédito e, em consequência, poupar o mercado dos reflexos perversos da insuficiência dos agentes econômicos.

A nova lei de falência e recuperação de empresa não é perfeita, pois como diz Waldo Fazzio Junior (2008, p. 3), contém “imprecisões, interrogações e, provavelmente, nem sempre vai oferecer as melhores alternativas para os vários problemas oriundos das crises que hoje assolam as empresas brasileiras”. Vai ocorrer, e já ocorreram, resistências do empresariado mais conservador. Entretanto, deve ficar bem claro, que é impossível ajustar, sem rupturas, ordens econômicas diferentes.

É sabido que “o Direito das Concordatas e Falências era um instrumento do atávico princípio romano, ou seja, quem deve tem que pagar”. Com essa lei, “os credores eram amparados, garantiam-se os haveres públicos, incriminavam-se os empresários malsucedidos, menosprezavam-se o desemprego e aniquilavam-se as empresas em crise” (FAZZIO JUNIOR, 2008, p. 4).

Assim, o Direito Positivo brasileiro “alterou a natureza de sua instrumentalidade, optando pela despersonalização da empresa”, quando necessário, “e pela composição de interesses de credores e devedores.

Ainda na fala de Fazzio Junior,

o Direito Concursal é, hoje, o Direito da empresa em crise, por que superou a fase da vindita dos credores, ultrapassando os estreitos limites da liquidação falitária, haja vista que se apresenta como solução jurídica mais pragmática e mais sintonizada com o Direito Econômico, deixou de ser um mero complexo regulador de relações estritamente privadas para encampar o interesse público e as repercussões sociais das isquemias das empresas (2008, p.4).

Foi, portanto, alterada a via de solução. Isso ocorreu porque, “a reestruturação da empresa passou a integrar o elenco de objetivos das modernas legislações concursais, tendo como finalidade atender os direitos dos credores e direcionar a atividade empresarial para não comprometer a segurança do mercado e sua periferia social” (FAZZIO JUNIOR, 2008, p. 4).

Dessa forma, o Direito da empresa em crise é, na realidade, “um conjunto de medidas de natureza econômico-administrativa, acordadas entre o agente econômico devedor e seus credores, supervisionados pelo Estado-juiz, como expediente preventivo da liquidação” que objetiva “o soerguimento da empresa em crise, para que os credores tenham melhores perspectivas de realização de seus haveres, os fornecedores não perdem o cliente, os empregados mantêm seus empregos, o mercado sofre menos os impactos e as repercussões da insolvência empresarial” (FAZZIO JUNIOR, 2008, p. 4-5).

Então, quando verificada a história das empresas em crise, percebe-se, claramente, como diz Waldo Fazzio Junior (2008, p. 7),

que elas podem ser vistas “necessariamente pelo reconhecimento de quatro fases: o Direito Concursal como regulador da execução dos bens do devedor; b) a judicialização da execução concursal; c) prevenção do estado de liquidação; e d) a recuperação da empresa”.

Nessa mesma linha de pensamento, percebe-se na fala de André Luiz Santa Cruz Ramos, que

o direito falimentar não tem como característica a preocupação preponderante de punir o devedor insolvente, criminalizando sua conduta e excluindo-o do mercado a todo custo. A grande preocupação do direito falimentar atual é a preservação da empresa, razão pela qual a legislação tenta fornecer ao devedor em crise todos os instrumentos necessários à sua recuperação, reservando a falência apenas para os devedores realmente irrecuperáveis (2013, p. 616).

As soluções para as crises empresariais dependem muito da perspectiva segundo a qual essas crises são abordadas. Agora são vistas sob a óptica do empresário e dos credores, o que vai ser, em princípio, menos danosa a todos.

BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

Para facilitar a compreensão da falência e recuperação da empresa nos dias atuais, é imperioso que se busque na história, mesmo que brevemente, os seus fundamentos e problemas que antecederam a legislação em vigor, para que não se incorra nas mesmas situações do pretérito e, inclusive, em países e estrangeiros.

Assim, é possível verificar que no Direito Romano a execução incidia sobre a pessoa do devedor, autorizava ao credor manter o devedor em cárcere privado ou escravizá-lo. Ou seja,

houve um período em que o devedor respondia por suas obrigações com a própria liberdade e às vezes até mesmo com a própria vida. A garantia do credor era, pois, a pessoa do devedor. Assim, este poderia [...] tornar-se escravo do credor por certo tempo, bem como entregar-lhe em pagamento da dívida uma parte do seu corpo (RAMOS, 2013, p. 614).

Depois, passou para o sistema de constrição patrimonial (lei Paetelia Papiria, 428 a.C.), que admitia a execução forçada das condenações em dinheiro, “proibindo o encarceramento, a venda como escravo e a morte do devedor. [...] passou-se a entender que os bens do devedor, e não a sua pessoa, deveriam servir de garantia do credores” (RAMOS, 2013, p. 614).

Por exemplo, o credor munido da sentença, procurava o magistrado e este o autorizava por decreto para que entrasse na posse de todos os bens do devedor, procedendo depois a venda mediante determinadas formalidades. Não despia o devedor da propriedade dos bens e nem da posse jurídica, privava-o apenas da administração. O patrimônio do devedor constituía um penhor em benefício dos credores (FAZZIO JUNIOR, 2008).

No final dessa época surgiu a administração da massa, a assembleia de credores, a classificação dos créditos e a revogação dos atos fraudulentos do devedor. O procedimento concursal do Direito Romano aplicava-se a qualquer espécie de devedor, até porque inexistia legislação específica regente da atividade empresária.

Wolfo Fazzio Junior (2008), refere que foi no Direito Medieval, por intermédio dos estatutos corporativos das cidades, especialmente nas italianas, que surgiu o instituto da falência, restringindo o caráter privado da execução, embora isso não significasse a emancipação física do devedor. No séc. XIII, surgiram as primeiras regras que constituíram o instituto da falência como típica execução criminal. São bastantes utilizados os usos e costumes e aplicado ao insolvente sanções cruéis, tanto física como moral. Um pressuposto da época era que, quando o devedor fugisse em decorrência de sua insolvência, automaticamente passava para o estado de falência.

Nessa época, também foi isolada a insolvência em seus elementos conceituais e era relevada no aspecto formal pelo sequestro, inventário, apreensão e o encerramento dos inscritos. O caráter penal incidia muito forte na pessoa do devedor. Já no séc. XV, surgiu uma espécie de concordata mediada pela autoridade pública que a homologava. E foi estabelecido o salvo-conduto que permitia ao

devedor fugitivo retornar para a conclusão da concordata. Entretanto, o concurso creditício italiano não era exclusivo dos mercadores, tinha feição predominantemente penal, que se transformou lentamente de execução pessoal em patrimonial. Também trouxe à luz as primeiras acordanças tendentes a evitar a liquidação (FAZZIO JUNIOR, 2008).

Corroborando com tal posição, André Luiz Santa Cruz Ramos (2013, p. 614-615), menciona que apesar de terem sido identificadas “regras especiais para a execução dos devedores insolventes, [...] ainda se tratava de regras que se aplicavam indistintamente a qualquer espécie de devedor, comerciante ou não, e que mantinham seu caráter extremamente repressivo”

No Direito Moderno,

o Estado surgiu como entidade política e jurídica, com sensível interferência na disciplina das relações de crédito, inclusive na regência dos casos de insolvência. Os Estados arrogaram-se à exclusividade da imposição de sanções e judicializaram o deslinde de situações jurídicas criadas pela insatisfação obrigacional. A liquidação do patrimônio do devedor passou a ser assegurada pelos organismos judiciais encarregados de aplicar a lei (FAZZIO JUNIOR, 2008, p. 9).

Ainda no “séc. XVII, as Ordenanças Filipinas trataram das quebras dos mercadores. Sendo que no Alvará Real de 1756, em Lisboa, estabeleceu-se um processo peculiar para os negociantes falidos” (FAZZIO JUNIOR, 2008, p. 9). Por exemplo, o homem de negócio que faltasse ao crédito deveria se apresentar perante uma Junta de Comércio para explicitar as causas das quebras e entregar as chaves de seu estabelecimento, oferecer a relação dos bens e apresentar os livros e papéis de seu comércio (FERREIRA apud FAZZIO JUNIOR, 2008).

Na França, no ano de 1673, a Codificação Savary, regulamentou o regime de insolvência sem particularizar os comerciantes. Somente ocorreu após, com Napoleão Bonaparte, quando no início do séc. XIX promoveu a cisão legislativa das normas mercantis. Editou um Código Civil em 1804 e um Código Comercial em 1808. Nesse Código Comercial de 1808, imperava a Teoria dos Atos de Comércio (o Brasil,

em 1850, também adotou a mesma teoria, mas que foi alterada para a Teoria da Empresa, em 2002, com o advento do novo Código Civil brasileiro).

Independentemente de qualquer outro motivo,

a mudança que o *Code de Commerce* de Napoleão trouxe para o direito comercial atingiu, consequentemente, o direito falimentar, que passou a constituir um conjunto de regras especiais, aplicáveis restritamente aos devedores insolventes que revestiam a qualidade de comerciantes. Para o devedor insolvente de natureza civil, não se aplicavam as regras do direito falimentar, mas disposições constantes do regime jurídico geral, qual seja, o direito civil (RAMOS, 2013, p. 615).

Mesmo com o codificação napoleônica não foi alterada uma característica do direito falimentar desde os seus primórdios, ou seja, “o caráter repressivo e punitivo do devedor” (RAMOS, 2013, p. 615).

Assim, o Direito Concursal ingressou na Idade Contemporânea como sendo a liquidação do ativo do devedor insolvente, sob a égide do Poder Judiciário. Entretanto, com o transcurso do tempo, a sociedade evoluiu e a economia avançou em uma velocidade muito rápida e o direito falimentar necessitou acompanhar esse processo de mudanças para adaptar-se aos novos paradigmas (RAMOS, 2013).

A partir da Revolução Industrial ocorreu um acentuado e progressivo desenvolvimento econômico por meio do chamado “processo de globalização, o qual trouxe relevantes alterações na conjuntura socioeconômica, que exigiram do operador de direito uma completa reformulação dos princípios e institutos falimentares do direito falimentar” (RAMOS, 2013, p. 615).

Consoante Waldo Fazzio Junior (2008), no Direito Contemporâneo, ocorreram duas guerras mundiais até a metade do século passado. Viveu-se uma fase de valorização das concordatas como expedientes preventivos ou suspensivos do estado de liquidação. Muitas crises econômicas, desastres financeiros e flagrante favorecimento dos credores majoritários. O entendimento na época era que o empresário honesto e infeliz nos negócios deveria desfrutar de favor legal, com concordatas dilatórias e remissórias.

Era preciso mudar, superando o caráter de conflito particular inerente às falências e concordatas com a presença mais efetiva do Estado nas crises econômicas sobre as empresas públicas, sociedades estatais e instituições financeiras. Ganhou realce o lado social da empresa.

Nessa época, segundo Fazzio Junior (2008, p. 10), “a crescente unificação do Direito Privado e a interpenetração do Direito Público e do Direito Privado, a valorização do Direito Fiscal, do Direito do Consumidor, do Direito Previdenciário e do Direito Financeiro, obrigou a procura de desfechos mais construtivos e menos radicais para as crises”.

É possível verificar tais situações em alguns países que se apresentavam preocupados com as falências que pudessem ocorrer, mas queriam a recuperação como norte. Dessa forma, com uma nova concepção do direito falimentar, contraposta à antiga concepção que consagrava regaras extremamente punitivas ao devedor, influenciou a reformulação da legislação em diversos países, como afirma André Luiz S. C. Ramos (2013) ao manifestar-se sobre o assunto.

Assim, segundo Waldo Fazzio Junior (2008), em 1867, nos Estados Unidos, surgiu o primeiro procedimento de recuperação judicial, sob o nome de Lei da Companhia Ferroviária. Em 1898, esse procedimento ampliou-se para atingir outras pessoas jurídicas. Foi aprimorado em 1938 e consolidado em 1994. Entretanto, para Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 233), “o primeiro diploma de direito estatutário, dispondo sobre recuperação judicial de empresas surgiu em 1934, visando atenuar os efeitos da crise provocada pela Bolsa de Valores de Nova York em 1929”. Mas isso não faz muita diferença de qual data foi anterior ou não, o que importa é que a preocupação com a recuperação das empresas em crise era um assunto em questão e que também era preocupação dos governantes.

No Japão, em 1952, foi aprovada uma lei de reorganização das Sociedades por Ações e, em 1992, foi substituída por uma nova lei marcadamente recuperatória.

Na França, em 1984, é aprovada uma lei reguladora da prevenção e composição amigável das dificuldades da empresa. Em 1985,

foi criada uma lei para saneamento e reorganização da empresa em crise. Em 1994, uma lei reforçando os meios preventivos da insolvência, simplificando os procedimentos, moralizando os planos de recuperação e trazendo medidas mais eficazes para assegurar os direitos dos credores.

Na Itália, em 1991, é aprovada uma lei com as mesmas características de salvaguarda da empresa da França.

Em Portugal, o critério é a viabilidade da empresa desde que criou em 1976 a declaração da empresa economicamente difícil, que serviu de embrião para o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência de 1993, o qual instituiu o procedimento judicial de recuperação da empresa.

Na Espanha, em 2003, a lei aprovada, além de superar a diversidade de instituições concursais para comerciantes, flexibiliza o procedimento calcado na insolvência e institui o convênio entre credores e o devedor, tudo assentado num plano de viabilidade.

Como se pode perceber até aqui, a recuperação judicial, na maioria dos países ocidentais, reconhece a importância social da empresa, passando a exigir do devedor a apresentação de um plano, o qual estabelecerá os meios, dentre os mais diversos, que pretende utilizar para reerguimento da atividade empresarial. Pela lei brasileira, além disso, a concessão da recuperação, que substitui a concordata, prevista na lei n.11.101/05, passa a depender da anuência dos credores, reunidos em assembleia.

Assim, a tendência dos atuais sistemas jurídicos regentes da insolvência, é a realização dos direitos dos credores mediante a recuperação da empresa devedora, ficando a falência como antídoto residual, de cunho liquidatório, dirigida exclusivamente aos empreendimentos inviáveis.

PRINCÍPIOS DO REGIME DE INSOLVÊNCIA DO AGENTE ECONÔMICO

Dentre alguns dos princípios que regem a insolvência e a recuperação da empresa, é possível destacar os principais, os quais

deverão ser analisados, criteriosamente e em conjunto, antes de ser tomada qualquer tipo de decisão. São eles: a) Viabilidade da empresa, como critério distintivo básico entre a recuperação e a falência; b) Predominância do interesse imediato dos credores; c) Publicidade dos procedimentos; d) *Par conditio creditorum* (equidade); e) Conservação e maximização dos ativos do agente econômico devedor; e f) Preservação da atividade empresarial.

Estes princípios não devem ser considerados como compartimentos isolados e autossuficientes, pois mantêm entre si um nexo de complementaridade e equilíbrio. Para facilitar, sucintamente, será feita uma breve análise de cada princípio, a fim de tentar esclarecer o significado de cada um deles.

Para o Princípio da Viabilidade da Empresa, existe uma dicotomia entre as empresas economicamente viáveis e inviáveis. A recuperação pode ser judicial (art. 47) e extrajudicial (art.161), mas somente é indicada para as empresas viáveis. A aferição dessa viabilidade está ligada a fatores endógenos e exógenos. Os endógenos referem-se ao ativo e passivo, ao faturamento anual, ao nível de endividamento e ao tempo de constituição. Já os exógenos dizem respeito à relevância socioeconômica da atividade.

Para possibilitar a formulação de um diagnóstico, segundo Fazzio Junior (2008, p. 16), devem ser feitas as seguintes perguntas, no mínimo: “1) Existe um plano de recuperação? 2) Que critérios devem ser eleitos para sua avaliação? 3) Essa avaliação autoriza a expectativa de êxito do plano? 4) Como custodiar sua concretização?”.

Além de tais questionamentos, também, devem ser observados os meios de recuperação judicial previstos, principalmente, no art. 50 (LRE), como por exemplo, a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas, alteração do controle societário, substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos, aumento do capital social, trespasse ou arrendamento do estabelecimento, redução salarial, constituição de sociedades de credores, venda parcial de bens, equalização de encargos financeiros, usufruto da empresa,

administração compartilhada, emissão de valores mobiliários, etc. Depois disso, e devidamente estruturado num plano de recuperação, é que se oferecerá à consideração judicial.

Caso verificada, desde logo, a impossibilidade de cumprimento do plano proposto, é de rigor, o indeferimento da pretensão pelo juiz. A constatação posterior de que a continuidade da empresa é inviável, implica a conversão (convolação), ou seja, decretação da falência do processo de recuperação em solução liquidatória, conforme prevê o art. 73, nas seguintes hipóteses: a) por deliberação da assembleia geral, isto é, quando a proposta obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia geral; b) quando houver sido rejeitado o plano de recuperação judicial pela assembleia de credores; e c) por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

A reorganização da empresa deve ser tanto administrativa como financeira e isso pressupõe um mínimo de condições e a presença de pressupostos legais. A recuperação empresarial não pode almejar a plena recriação da empresa, mas atender aos objetivos inicialmente propostos de viabilidade.

Pelo Princípio da Relevância do Interesse dos Credores, diz Waldo Fazzio Junior que

[...] qualquer regime de insolvência visa satisfazer, equitativamente, pretensões creditícias legítimas [...]. A reestruturação da empresa em dificuldades é instrumental da satisfação dos credores, desde que observados níveis mínimos de paridade. Percebe-se que desde a sua origem a insolvência [...] é uma postura jurídica estabelecida para atender os direitos dos credores. Tais direitos predominam e, no mínimo, [...] constituem o estopim para a deflagração processual da conjuntura universal de insolvência (2008, p. 17).

A prevalência do interesse dos credores deve ser entendida em sentido genérico, abrangente da coletividade dos detentores de créditos e não em razão deste ou daquele credor. Também, não pode ser identificado como a realização de pronto de seus haveres. O processo de insolvência não pode se protrair indefinidamente,

pois deve ocorrer uma satisfação célere dos créditos, observando os parâmetros adequados e de pagamentos satisfatórios.

A predominância do interesse dos credores deve identificar-se com o interesse público inerente à empresa. É lícito, e possível, afirmar que a manutenção da empresa pode ser a chave para o atendimento adequado das pretensões creditícias, pois nenhum credor é movido pelo ânimo liquidatório, haja vista que empresa liquidada não paga seus débitos na totalidade.

Por sua vez, o Princípio da Publicidade dos Procedimentos, conforme Fazzio Junior traz à baila que a

[...] transparência é a palavra que abre as portas de um processo de insolvência, ou seja, transparência em sentido estrito de todos os atos processuais e também a clareza e objetividade na definição dos diversos atos que os integram. Deve haver uma previsão bem clara da estipulação de requisitos, fundamentos e prazos para impedir a adoção de manobras procedimentais e expedientes protelatórios (2008, p. 18-19).

Nesse contexto, uma fiscalização permanente e zelosa do juiz, do administrador judicial e do Ministério Público, certamente, vai facilitar muito o andamento das atividades da empresa. Também, “é desejável a ampla participação dos credores e dos segmentos integrantes da empresa insolvente”, pois a adoção de soluções que atendam à maioria dos envolvidos, ampliarão as possibilidades de êxito das medidas eleitas.

No que diz respeito ao Princípio do *Par Conditio Creditorum* (equidade), vislumbra-se a existência de um tratamento dos credores em igualdade de condições, pois

[...] a equidade é um princípio geral de Direito que, aqui, se manifesta em toda a sua intensidade. O tratamento equitativo dos créditos é a máxima regente de todos os processos concursais, considerando o mérito das pretensões antes que a celeridade na sua dedução (FAZZIO JUNIOR, 2008, p. 19).

Nesse diapasão, quando se fala em equidade, deve-se “observar o sítio em que cada crédito a lei lhe reserva na classificação geral nos art. 83 e 84 da Lei n. 11.101/05, assegurando-se, de modo decisivo,

que a índole preferencial de alguns seja respeitada” (FAZZIO JUNIOR, 2008, p. 19). A regra diz respeito à proporcionalidade na consideração dos créditos, ou seja, deve-se respeitar as peculiaridades da lei. É inegável a posição de paridade dos credores, o que não traduz, necessariamente, nivelamento.

Assim, a ordem dos créditos a serem pagos, prevista em tais artigos, deve ser, inicialmente, os créditos extraconcursais (art. 84), os créditos trabalhistas limitados a 150 salários mínimos, os decorrentes de acidentes de trabalho, os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado, os créditos tributários, os créditos com privilégio especial, os créditos com privilégio geral, os créditos quirografários e os créditos subordinados. Essa é a ordem que, obrigatoriamente, deve ser seguida e observada no momento dos pagamentos dos créditos aos credores.

O Princípio da Conservação e Maximização dos Ativos diz o seguinte: “para que se cumpram as finalidades do processo de insolvência, os ativos (bens) da empresa precisam ser preservados e, se possível, maximizados”, isto é, se necessário aliená-los, devem ser feitos com os valores mais altos possíveis. É comum a dissipação dos ativos pela ação de credores mais “ligeiros”, em prejuízo da coletividade dos credores e da observância do mérito que assiste a cada pretensão.

Sobretudo na falência, em que os titulares da empresa devedora perdem sua capacidade de gestão para um administrador judicial, a fiscalização da massa de bens é atitude indispensável para salvaguardar a garantia comum dos credores e assegurar que seja, se não suficiente, ao menos apta a resolver a maior faixa possível de créditos. A preservação dos ativos “deve ser meta anelada com o intuito de satisfazer à solução dos débitos e dos encargos sociais”. Não é tutelar os ativos para a fruição e gozo do empresário, pois “o que deve ser recuperado é a empresa” (FAZZIO JUNIOR, 2008, p. 20).

Por fim, o Princípio da Preservação da Empresa diz que “a empresa é uma unidade econômica que interage no mercado”, seja

insolvente ou não, pois é “uma unidade de distribuição de bens e/ou serviços. É um ponto de alocação de trabalho”, por ser um “elo na imensa corrente do mercado e, por isso, não pode desaparecer, simplesmente, sem causar sequelas”, como afirma Fazzio Junior (2008, p. 20).

De certa forma, “a atividade empresarial desborda dos limites estritamente singulares para alcançar dimensão socioeconômica bem mais ampla, pois afeta o mercado e a sociedade e isso é mais que singela conotação pessoal” (2008, p. 20). Daí, por que basta a presunção de insolvência para justificar a busca de uma solução jurisdicional.

A preservação da atividade empresarial “é o ponto mais delicado do regime jurídico de insolvência. Ao contrário da concepção cirúrgica adotada pela extinta Lei de Falências e Concordata (DL 7.661/45), pretende-se com a nova Lei de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/05), na medida do possível, priorizar a recuperação sobre a falência” (2008, p. 20). Assim, “somente deve ser liquidada a empresa inviável, [...] aquela que não comporta uma reorganização eficiente ou não justifica o desejável resgate” (FAZZIO JUNIOR, 2008, p.21).

Frise-se que “a preservação da empresa não significa a preservação do empresário ou dos administradores da empresa”. Implica apartar os reais interesses envolvidos na empresa dos interesses dos seus mentores. Como diz Lobo (apud FAZZIO JUNIOR, 2008, p. 21) ao manifestar-se sobre o princípio em estudo, pois ele representa “um valor objetivo de organização que deve ser preservado, pois toda crise da empresa causa um prejuízo à comunidade”.

O objetivo econômico da preservação da empresa previsto no art. 47 da Lei n. 11.101/05, deve preponderar, em regra, sobre o objetivo jurídico da satisfação do título executivo, se este for considerado apenas como a realização de pretensão singular. Assim, o regime jurídico de insolvência não deve ficar preso ao maniqueísmo que se revela no embate entre a pretensão dos credores e o interesse do devedor. A empresa não é mero elemento da propriedade privada, pois nas crises, sofrem o próprio devedor, os credores e a sociedade.

Decorrentemente desses princípios elencados, surge o princípio geral da solvabilidade jurídica, no qual as obrigações (legais ou convencionais) devem ser voluntariamente cumpridas, ou o Estado deverá aplicar as consequências jurídicas previstas para o seu descumprimento, exercendo (o Estado), para tanto, o seu poder de coerção. Claro está o art. 91, do Código Civil de 2002, em que afirma ser uma universalidade de direito o complexo das relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico. Também, o art. 391, do Código Civil, confirma que pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

Obviamente, o princípio geral da solvabilidade jurídica pressupõe que o patrimônio ativo (positivo) da pessoa tenha capacidade econômica de suportar as obrigações constantes no seu patrimônio passivo (negativo). Por outro lado, entretanto, deve ficar claro que a insolvência civil e insolvência do empresário ou sociedade empresária são regimes jurídicos diversos, pois o primeiro é raro, e o segundo é muito comum.

Assim, a empresa é bem jurídico cuja proteção se justifica não apenas em função dos interesses de seus sócios, mas de seus empregados, fornecedores, consumidores, investidores, do Estado e, enfim, da sociedade, que, mesmo indiretamente, se beneficia de suas atividades. E, sendo assim, o regime alternativo à falência é a recuperação de empresa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma breve análise, percebe-se que a antiga legislação falimentar (Decreto-lei n. 7661/45), padecia de diversas incoerências com a realidade brasileira, desprestigiando a importância social da empresa, em virtude da existência de muitas dissonâncias que aconteciam na época. Com o intuito de sanar tais deficiências, dentre outras, foi criado o instituto da recuperação judicial e extrajudicial, por meio da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, cujo principal objetivo é viabilizar a preservação da empresa, a sua função social e o estímulo à atividade econômica, para minimizar o desemprego.

Assim, esse novo e moderno instituto jurídico se compatibiliza com as tendências internacionais, ao atender as peculiaridades e necessidades da empresa em crise, em um esforço criativo para viabilizar a sua continuidade, como ocorre na maioria dos países desenvolvidos, a exemplo dos Estados Unidos, Itália, Portugal, Japão, Espanha e França.

Contudo, é imperioso ressaltar que a nova lei de falência e recuperação de empresa também foi, e ainda é, alvo de severas críticas, especialmente ao outorgar aos credores o poder de decisão quanto ao plano de recuperação apresentado pelo devedor, limitando, dessa forma, as atribuições da autoridade judiciária. Com isso, os credores irão aprovar ou rejeitar a recuperação judicial, segundo as suas conveniências, evitando dar margem a fraudes e conluíus, além de não privilegiar os interesses dos grandes credores, em detrimento do previsto na legislação.

Além disso, alguns juristas e empresários conservadores tecem críticas à nova sistemática legal por não retirar do Poder Judiciário os procedimentos mais demorados, quais sejam, a verificação do crédito e a habilitação dos credores, uma vez que cada impugnação ainda precisará de parecer do Ministério Público e sentença judicial. Não houve, portanto, qualquer avanço quanto à morosidade da justiça.

Contudo, apesar da lei nova ter trazido uma inovação importante e digna de aplausos pelos juristas ao ampliar o rol de créditos submetidos à recuperação, exigir a apresentação e cumprimento de um plano de recuperação e ao disponibilizar meios variados para tanto, não se pode olvidar que o instituto restou fragilizado por ter outorgado vultoso poder aos credores.

Concluindo, embora ainda apresente imperfeições, a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/05) é fundamental para a economia brasileira e representa, inequivocadamente, um enorme avanço no tratamento dado às empresas em dificuldades, ao preservar empregos, privilegiar a recuperação financeira e viabilizar créditos, nos moldes dos países mais avançados.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Direito de empresa. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 3.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. Falência e recuperação de empresa. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009. Vol. 4.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Comentários à nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial sistematizado**.

Recebido: 11-7-2014

Aprovado: 10-10-2014
